

VU Research Portal

Van de Magna Carta tot Mahdi: Reikwijdte en intensiteit van de rechterlijke toetsing van vreemdelingendetentie

Cornelisse, G.N.

published in

Asiel&Migrantenrecht
2015

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Cornelisse, G. N. (2015). Van de Magna Carta tot Mahdi: Reikwijdte en intensiteit van de rechterlijke toetsing van vreemdelingendetentie. *Asiel&Migrantenrecht*, 2015(5/6), 199-204.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De problematische rechterlijke toets in bewaringszaken

Van Magna Carta naar Mahdi

De Afdeling toetst te beperkt of de staatssecretaris geen lichter middel dan vreemdelingenbewaring kan toepassen. Zoals ook de ambtshalve toetsing door de rechter van de rechtmatigheid van die bewaring te beperkt is. Dat concludeert Galina Cornelisse uit drie perspectieven op actuele jurisprudentie: de historische ontwikkeling van de habeas corpus procedure; de achtergrond van moderne mensenrechtenbepalingen; en de procedurele autonomie van de EU-lidstaten.

In de zomer van 2014 deed het Hof van Justitie uitspraak in de zaak Mahdi.¹ De antwoorden die het Hof gaf op de prejudiciële vragen van een Bulgaarse rechter hadden onder meer betrekking op de reikwijdte en intensiteit van de rechterlijke toets van een bewaring onder de Terugkeerrichtlijn. Het duurde even voordat deze uitspraak zijn weerslag had in de Nederlandse rechtspraak – aanvankelijk leek de Nederlandse rechter niet overtuigd van de relevantie van deze uitspraak voor de manier waarop hij de bewaring placht te toetsen.² Daar is onlangs verandering in gekomen met een aantal uitspraken van de Afdeling, waarin zij het belang van *Mahdi* voor de Nederlandse rechtspraak uitdrukkelijk onderkent, met name voor wat betreft de intensiteit van de rechterlijke toets van de bewaring en de motivering door de Staatssecretaris van de maatregel van bewaring en verlengingsbesluiten.³

Onder verwijzing naar *Mahdi* neemt de Afdeling afstand van de terughoudendheid die de rechter (enigszins) aan de dag diende te leggen bij de beoordeling van de vraag of de Staatssecretaris een lichter middel dan bewaring had moeten toepassen. De rechter moet met betrekking tot die vraag voortaan zijn eigen oordeel in de plaats van die van het bestuur kunnen stellen, aldus de Afdeling. Verder stelt de Afdeling dat de Staatssecretaris in verlengingsbesluiten niet mag volstaan met een motivering dat is voldaan aan de voorwaarden voor verlenging van de bewaring zoals genoemd in artikel 15 lid 6 van de Terugkeerrichtlijn. Hij dient namelijk tevens te motiveren dat aan de overige eisen voor een rechtmatige bewaring, te vinden in lid 1 en 4 van diezelfde bepaling, is voldaan. Diezelfde uitvoerige motiveringsplicht geldt voor het aanvankelijke besluit om de maatregel van bewaring op te leggen.

1. Rol van de Nederlandse rechter

Hier geef ik een korte weergave van de jurisprudentie van de Afdeling over de ambtshalve toets door de rechter van de rechtmatigheid van de bewaring, en over de wijze waarop de rechter beoordeelt of het bestuur een lichter middel had kunnen toepassen.

De ambtshalve toets door de bestuursrechter wordt beperkt door het bepaalde in artikel 8:69 Awb. Volgens die bepaling doet de bestuursrechter uitspraak op grondslag van hetgeen de partijen gedurende de procedure naar voren brengen. Hij dient de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen, en *kan* ambtshalve de feiten aanvullen. Een ambtshalve toets vindt slechts plaats ten aanzien van bepalingen die kunnen worden aangemerkt als voorschriften van openbare orde. Het gaat dan om voorschriften die toezien op de toegang tot de rechter, bevoegdheidsregels, en regels die zien op een behoorlijke procesgang.⁴

Volgens de Afdeling vloeit uit artikel 8:69 Awb voort dat de habeas corpus rechter de voorwaarden voor een rechtmatige bewaring (zoals thans opgenomen in artikel 15 Terugkeerrichtlijn en geïmplementeerd in Nederlandse wetgeving) niet ambtshalve mag toetsen.⁵ Ik geef een aantal voorbeelden: als de vreemdeling in zijn beroep tegen de bewaring niet heeft aangevoerd dat er zicht op uitzetting ontbreekt, dan kan de rechtbank de bewaring niet op die grond onrechtmatig verklaren;⁶ hetzelfde geldt als de vreemdeling heeft nagelaten om aan te voeren dat er onvoldoende voortvarend gehandeld is door de staatssecretaris.⁷ Zelfs in het geval dat de maximale duur van de bewaring verstreken is, kan de rechter deze niet onrechtmatig verklaren als de vreemdeling dat niet zelf heeft aangevoerd.⁸

1 HvJEU 5 juni 2014, C-146/14 PPU (*Mahdi*), JV 2014/230 nt G.N. Cornelisse.
2 Rb Den Haag, zp Amsterdam, 16 oktober 2014, ECLI:RBDHA:2014:12934; en Rb Den Haag, zp Haarlem, 3 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14478.
3 ABRVS 23 januari 2015, 201408655/1/V3; ABRVS 23 februari 2015, 201408880/1/V3, JV 2015/93; en ABRVS 10 april 2015, 201502024/1/V3.

4 Zie de noot van Rob Widdershoven bij ABRVS 11 februari 2005, 200409759/1, JV 2005/172. Zie ook M. Schreuder-Vlasblom (2013) *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer.
5 ABRVS 1 juni 2007, 200703267/1, JV 2007/333.
6 ABRVS 1 april 2009, 200901412/1/V3.
7 ABRVS 17 december 2007, 200707746/1.
8 ABRVS 16 januari 2013, 201210956/1/V3, JV 2013/117, nt Cornelisse.

Het is van belang om te onderstrepen dat deze benadering in ieder geval niet rechtstreeks voortvloeit uit hetgeen de wetgever in de Awb heeft bepaald. Het verbod om buiten de grenzen van het geschil te treden, zoals door de partijen bepaald, werd door de wetgever in de Memorie van Toelichting bij de Awb gemotiveerd met een expliciete verwijzing naar de rechtsbescherming, en de overweging dat een belanghebbende door het instellen van beroep niet in een slechtere positie mag komen. Ook zal 'de rechter niet zonder meer (...) kunnen afgaan op de in het beroepschrift geformuleerde grieven. Uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift kan men immers niet zonder meer afleiden dat de appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen en derhalve in deze gebreken zou willen berusten. Het past bij de actieve rol die de rechter in de procedure heeft, dat deze de appellant in de gelegenheid stelt zich hieromtrent nader uit te laten.'⁹

Dat de rechter de voorwaarden voor een rechtmatige bewaring niet ambtshalve mag toetsen, volgt niet rechtstreeks uit de Awb.

De regel dat de rechter zich niet uitspreekt tegen die delen van een besluit waartegen niet wordt opgekomen, lijkt ook moeilijk toe te passen in een bewaringszaak: een besluit tot bewaring kan nu eenmaal niet worden opgedeeld in elementen die 'splitsbare rechtsgevolgen [hebben] ten opzichte van de rechtsgevolgen van het totale besluit.'¹⁰ Immers, een vreemdeling die in beroep komt tegen zijn bewaring wil in de eerste plaats de opheffing van die bewaring bewerkstelligen. Toegegeven, het is denkbaar dat hij er de voorkeur aan geeft dat deze op een *specifieke* grond onrechtmatig wordt verklaard. Zo zal gegrondverklaring van het beroep omdat er van meet af aan onvoldoende grond voor bewaring bestond, er voor zorgen dat de vreemdeling een hogere schadevergoeding ontvangt, dan in het geval dat de rechter vaststelt dat de bewaring onrechtmatig is geworden omdat zicht op uitzetting na verloop van tijd is komen te ontbreken. Dat doet echter niet af aan de omstandigheid dat alle denkbare grieven in het beroep tegen de bewaring tot doel hebben om deze maatregel door de rechter onrechtmatig te laten verklaren en te laten opheffen.

Dan de intensiteit van de rechterlijke toets. Ik richt mij hier op de beoordeling van de beroepsgrond of de bewaring onrechtmatig is omdat een lichter middel zou volstaan. Volgens artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn is bewaring niet rechtmatig 'indien in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast.' Voordat de richtlijn in werking trad was de Afdeling van mening dat, indien er gronden voor bewaring aanwezig waren, de vraag naar een lichter middel door de rechter terughoudend getoetst diende te worden. Hij mocht daarbij geenszins zijn oordeel in de plaats stellen van dat van het bestuur.¹¹

Toch bleef er ook na de inwerkingtreding van de richtlijn ruimte bestaan voor een terughoudende toets, maar diende de rechtbank vanaf dat moment te beoordelen 'of de minister zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen

andere afdoende maar minder dwingende maatregelen dan de inbewaringstelling doeltreffend konden worden toegepast.'¹² De Afdeling noemde dat een 'enigszins terughoudende toets' en leidde de beoordelingsruimte van het bestuur af uit de bewoordingen 'afdoende', 'doeltreffend' en 'kunnen worden toegepast' die worden gebruikt in artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn.¹³ Het was onduidelijk in hoeverre de 'enigszins terughoudende toets' verschilde van de voorheen 'terughoudende toets'.

In zaken waarin de Afdeling zelf toetste of er een lichter middel had moeten worden toegepast, zien we dat zij, zodra er voldoende gronden voor bewaring aanwezig waren, oordeelde dat de staatssecretaris 'zich niet ten onrechte op het standpunt [heeft] gesteld dat [...] geen andere afdoende maar minder dwingende maatregelen konden worden toegepast.' Dat was slechts anders als de vreemdeling 'bijzondere feiten of omstandigheden heeft aange-

voerd, die gelet op zijn persoonlijke situatie de maatregel onevenredig maken'.¹⁴

Zoals gezegd werd de maatstaf van de enigszins terughoudende toets door de Afdeling in de uitspraak van 23 januari 2015 verlaten, onder verwijzing naar *Mahdi*. De Afdeling leidt uit dat arrest af dat de rechter zijn oordeel over de vraag of in een specifiek geval andere afdoende maar minder dwingende middelen doeltreffend kunnen worden toegepast, in de plaats moet kunnen stellen van dat van het bestuur.¹⁵

Toch lijkt de wijze waarop de Afdeling vervolgens toetst of de Staatssecretaris 'zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat in het geval van de vreemdeling toepassing van een lichter middel niet volstond', niet fundamenteel te verschillen van de wijze waarop zij de vraag naar een lichter middel voorheen toetste. Allereerst stelt de Afdeling vast dat de vreemdeling geen grieven heeft gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat hij niet meewerkt aan zijn uitzetting. Dan overweegt zij dat de vreemdeling niets heeft aangevoerd met betrekking tot zijn *persoonlijke belangen* waaruit blijkt dat de maatregel onevenredig is. Ook overigens blijkt daar niet van, aldus de Afdeling, en zij concludeert dat de staatssecretaris zich daarom terecht op het standpunt heeft gesteld dat een lichter middel niet volstond.¹⁶

Deze invulling van de rechterlijke toets van de vraag naar een lichter middel getuigt van een verkeerde toepassing van het evenredigheidsbeginsel, waar bewaring in de Terugkeerrichtlijn uitdrukkelijk aan is onderworpen.¹⁷ Immers, de vraag of een lichter middel kan volstaan wordt pas relevant als er voldoende gronden voor detentie zijn. Het vaststellen van een grond voor detentie is derhalve de eerste stap in de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Vervolgens komt de tweede stap aan de orde: de vraag of ook met een lichter middel kan worden volstaan. Die vraag dient ook – of beter gezegd: juist alleen maar – gesteld te worden indien aannemelijk is dat de vreemdeling niet uit eigen beweging gevolg zal geven aan de op hem rustende vertrekplicht. Anders bestaat er immers geen grond voor detentie, en

⁹ Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 141.

¹⁰ R.J.G.M. Widdershoven (2006) 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', *JBlplus-Verklaard*, p. 36. Bovendien past de beperkte ambtshalve toets niet bij de verplichte kennisgeving als bedoeld in artikel 94 lid 1 Vw 2000, zoals ik betoog in mijn noot bij ABRVS 16 januari 2013, 201210956/1/V3, JV 2013/117.

¹¹ Zie ABRVS 16 augustus 2005 200505443/1, JV 2005/396; en 11 januari 2008, 200708177/1.

¹² ABRVS 28 april 2011, 201100194/1/V3, JV 2011/261.

¹³ Ibid.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld ABRVS 28 november 2014, 201408618/1/V3, JV 2014/22.

¹⁵ ABRVS 23 januari 2015, 201408655/1/V3, JV 2015/63, para 2.2.

¹⁶ Ibid., para 2.3.

¹⁷ Zie ook de preambule onder 15.

verliest de vraag naar een lichter middel zijn betekenis. Pas als gesteld kan worden dat een lichter middel in beginsel niet kan worden toegepast, moet worden onderzocht of er desalniettemin persoonlijke omstandigheden zijn, die de maatregel onevenredig bezwarend zouden maken (derde stap: proportionaliteit strictu sensu).

In de benadering van de Afdeling wordt de vraag of het bestuur een lichter middel had moeten toepassen (de tweede stap in de toepassing van het evenredigheidsbeginsel zoals hierboven beschreven), en dus de noodzaak van de detentie, niet getoetst door de rechter. Immers, de rechter toetst de gronden voor bewaring zoals naar voren gebracht door de staatssecretaris, en als deze voldoende zwaarwegend zijn, komt de rechterlijke toets pas weer in beeld bij de vraag of bewaring onevenredig bezwarend is.¹⁸ Daartoe dient de vreemdeling bijzondere persoonlijke omstandigheden aan te voeren, zoals ziekte of familieomstandigheden.¹⁹

In een recente uitspraak verbindt de Afdeling in navolging van het Hof van Justitie in *Mahdi* weliswaar strikte eisen aan het motiveren van de maatregel van bewaring, maar ook daar blijkt duidelijk dat zij de vraag of het bestuur een lichter middel had moeten toepassen geen aparte betekenis toedicht naast de rechterlijke toets van de gronden voor bewaring en van de proportionaliteit strictu sensu van die maatregel:

De Afdeling toetst, in strijd met de Terugkeerrichtlijn, de vraag naar een lichter middel niet wezenlijk anders dan vóór Mahdi.

‘Voor zover de staatssecretaris heeft betoogd dat met de in de maatregel opgesomde bewaringsgronden in beginsel een belangenafweging is gegeven en hij niet uitdrukkelijk hoeft te motiveren waarom hij niet met toepassing van een lichter middel volstaat, kan hij daarin evenmin worden gevolgd. Hij dient immers in aanvulling op de bewaringsgronden te beoordelen of de vreemdeling bijzondere feiten of omstandigheden heeft aangevoerd met betrekking tot zijn persoonlijke belangen die de maatregel onevenredig maken. Dat de staatssecretaris in hoger beroep stelt dat de vreemdeling dergelijke feiten en omstandigheden niet heeft aangevoerd, laat onverlet dat hij deze vaststelling niet in de maatregel heeft vermeld.’²⁰

De eis dat vrijheidsontneming slechts geoorloofd is indien minder dwingende middelen niet volstaan, komt voort uit de omstandigheid dat voor een ieder, ook indien hij geen *bijzondere* persoonlijke omstandigheden kan aanvoeren, een inbreuk op een grondrecht tot het absolute minimum beperkt dient te worden. Uiteraard zijn de specifieke gronden waarop de bewaring wordt gebaseerd van belang bij de beoordeling van de daaropvolgende vraag of een lichter middel kan worden toegepast. Maar de manier waarop de Afdeling nu de vraag naar een lichter middel toetst, verschilt niet wezenlijk van de manier waarop zij dat vóór *Mahdi* deed – de gronden waarop de staatssecretaris de bewaring baseerde werden immers altijd al vol getoetst.

De inconsistentie van de Afdelingsjurisprudentie komt ondubbelzinnig naar voren in het volgende citaat uit een andere post-*Mahdi* uitspraak, waarin een lichter middel *om de uitzetting te verzekeren* niet hoeft te worden toegepast omdat de vreemdeling niet *vrijwillig vertrekt*:

‘de staatssecretaris is er terecht vanuit gegaan dat de vreemdeling niet uit eigen beweging gevolg zal geven aan de op hem rustende vertrekplicht. De staatssecretaris heeft zich anders dan de rechtbank heeft overwogen, terecht op het standpunt gesteld dat toepassing van een lichter middel derhalve niet volstond om de beoogde uitzetting van de vreemdeling te verzekeren.’²¹

2. Hedendaagse grondrechten en de geschiedenis van habeas corpus

Juist als het gaat om de rechterlijke toets neemt het grondrecht op persoonlijke vrijheid een bijzondere plaats in. Het is het enige grondrecht dat de rechterlijke toets van een beperking in het grondrecht zelf incorporeert. Dit is het geval in alle belangrijke internationale mensenrechtenverdragen.²² Waarom vormt de rechterlijke toets van de rechtmatigheid van de vrijheidsbenaming een inherent onderdeel van het recht op persoonlijke vrijheid? De fundamentele plaats die dat grondrecht in een democratische rechtsstaat inneemt is geen afdoende verklaring: er zijn meer grondrechten die dat doen, en toch niet zo’n toets omvatten.

Het recht van een gedetineerde om de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbenaming te laten toetsen door een rechter is terug te

voeren op het common law rechtsbeginsel van habeas corpus dat al lang bestond voordat moderne ideeën omtrent de rechten van de mens in opkomst kwamen.²³ Het is cruciaal om te begrijpen dat het rechtsbeginsel van habeas corpus moeilijk te vergelijken is met moderne, individuele rechten. In de eerste plaats ging het niet om een *right* maar om een *writ*: een ieder die zijn vrijheid ontnomen was kon bij de rechtbank verzoeken om zo’n sommering, door middel waarvan de *jailer* gedagvaard werd.²⁴ Deze laatste diende voor de rechter te bewijzen dat er voldoende juridische en feitelijke basis bestond voor de vrijheidsbenaming.²⁵ De *writ* van habeas corpus was aldus gebaseerd op een *presumptie van onbevoegdheid*: indien de *jailer* niet kon aantonen dat de detentie rechtmatig was, moest de gedetineerde worden vrijgelaten.²⁶

Onderdelen van het moderne recht zijn te verklaren door ons te richten op de vroege *writ* van habeas corpus. In de eerste plaats brengt de *presumptie van onbevoegdheid* met zich dat niet de gedetineerde diende te bewijzen dat de detentie onrechtmatig was, maar dat de *jailer* moest laten zien dat de detentie

21 ABRVS 23 februari 2015, 201408880/1/V3, JV 2015/93.

22 Zie bijvoorbeeld artikel 9(4) BULO; artikel 5(4) EVRM; en artikel 7(6) van de Amerikaanse Conventie van de Rechten van de Mens.

23 De wortels van habeas corpus zijn terug te voeren op de Magna Carta van 1215: ‘No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.’

24 ‘At its base, the writ sought to check whether the gaoler – who had assumed the royal power to detain one of the king’s subjects – had a right to do so: it was not a writ to vindicate the prisoner’s abstract right to liberty.’ M. Lobban (2011) ‘Habeas Corpus: From England to Empire’, *International Journal of Law in Context* 7(2): 257-269, p. 258. Zie ook B.L. Garrett (2012) ‘Habeas Corpus and Due Process’, *Cornell Law Review* 98(1): 47-126, p. 58.

25 R.H. Fallon en D.J. Meltzer (2007) ‘Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights and the War on Terror’, *Harvard Law Review* 120(8): 2029-2112, p. 2037.

26 B.L. Garrett, (2012) ‘Habeas Corpus and Due Process’ *Cornell Law Review* 98(1): 47-126, p. 54.

18 Zie ook ABRVS 23 februari 2015, 201408880/1/V3, JV 2015/93.

19 Zie bijvoorbeeld ABRVS 17 januari 2014, 201310014/1/V3, JV 2014/83.

20 ABRVS 10 april 2015, 201502024/1/V3.

rechtmatig was. Het zal geen toeval zijn dat moderne mensen-rechtenjurisprudentie uitgaat van eenzelfde presumptie van onbevoegdheid. Zo rust de bewijslast dat detentie rechtmatig is, in een procedure zoals bedoeld in artikel 5 lid 4 EVRM, op de Staat.²⁷ Deze verdeling van de bewijslast heeft implicaties voor de ambtshalve toets. Immers, als de rechter uit dient te gaan van een onrechtmatige detentie, tenzij het tegendeel door het bestuur wordt bewezen, zijn er twee mogelijkheden. Of de rechter toetst alle aspecten van rechtmatigheid uit zichzelf, of hij beperkt zich tot de argumenten die door de partijen worden aangedragen, waarbij hij op de overige punten uitgaat van onrechtmatigheid.

De presumptie van onbevoegdheid waar de vroege *writ* op gebaseerd was impliceert tevens een *volle* toets door de rechter, in ieder geval van die elementen die essentieel zijn voor de rechtmatigheid. Huidige mensenrechtenbepalingen, zoals artikel 5 lid 4 EVRM, lijken daar ook van uit te gaan: om de voorgeschreven rechterlijke toets van de vrijheidsbenaming te beschrijven gebruiken zij de term 'beslissen omtrent de rechtmatigheid' (*decide on lawfulness*).

niet ongunstiger zijn dan de regels die betrekking hebben op soortgelijke vorderingen gebaseerd op het nationale recht (gelijkwaardigheidsbeginsel). In de tweede plaats mogen de nationale procedurele regels de uitoefening van individuele rechten ontleend aan het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).²⁸

De toepassing van artikel 8:69 Awb in bewaringszaken, zoals hierboven beschreven in paragraaf 2, levert geen strijd op met het gelijkwaardigheidsbeginsel: dezelfde beperking van de ambtshalve toets geldt immers ook als het gaat om eventuele onrechtmatigheid van de bewaring op grond van nationaal recht. Als het gaat om de verenigbaarheid met het doeltreffendheidsbeginsel is de situatie echter minder eenduidig.

Om te onderzoeken of een nationale procedurele regel de uitoefening van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, moet 'rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspleging ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.'²⁹ In *Van Der Weerd* bepaalde het Hof van Justitie dat het doeltref-

Beperken van de rechterlijke ambtshalve toets is in strijd met de bewijslastverdeling die het EVRM vereist.

Ook in de uitkomst van de habeas corpus procedure komt de presumptie van onbevoegdheid naar voren. Indien de rechter oordeelt dat de detentie onrechtmatig is, dient hij immers volgens alle moderne grondrechtenbepalingen de invrijheidsstelling van de gedetineerde te bevelen. Er is geen ruimte voor de rechter om het bestuur de kans te geven eventuele gebreken in de besluitvorming te herstellen, zoals in andere bestuursrechtelijke procedures. De *verplichting* om de invrijheidsstelling te bevelen bij een onrechtmatige detentie is niet goed te rijmen met een terughoudende opstelling van de habeas corpus rechter. Maar misschien nog wel belangrijker: een rechter die weet dat een detentie onrechtmatig is, doch nalaat om de invrijheidsstelling van het individu te bevelen omdat deze de argumenten omtrent de onrechtmatigheid niet zelf heeft aangedragen, handelt in strijd met grondrechtenbepalingen zoals artikel 5 lid 4 EVRM en 7 lid 3 IVBPR.

3. Ambtshalve toets – procedurele autonomie van de lidstaten

Hierboven heb ik beargumenteerd waarom een beperking van de ambtshalve toets door de habeas corpus rechter in strijd is met de bewijslastverdeling in een procedure zoals bedoeld in artikel 5 lid 4 EVRM, en eveneens met de hier neergelegde verplichting van de rechter om de invrijheidsstelling van de vreemdeling te gelasten indien de vrijheidsbenaming onrechtmatig is. Waarom staat deze beperking ook op gespannen voet met het Unierecht? Zoals bekend gaat het Unierecht uit van procedurele autonomie: indien het secundaire unierecht geen concrete procedurele regels neerlegt, staat het de lidstaten vrij om regels te stellen voor de wijze waarop individuen zich in de nationale rechtsorde kunnen beroepen op het Unierecht. Deze autonomie is gebonden aan twee voorwaarden. In de eerste plaats mogen de regels die gelden voor vorderingen gebaseerd op het Unierecht

fendheidsbeginsel in beginsel niet de verplichting meebrengt voor de bestuursrechter om ambtshalve een aan het Unierecht ontleende grond te onderzoeken, 'ongeacht het belang daarvan voor de communautaire rechtsorde, [...] wanneer de partijen daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om die grond aan te voeren in de procedure.'³⁰ Er zijn echter bijzondere omstandigheden denkbaar die kunnen nopen tot het afwijken van deze hoofdregel, in het bijzonder als die omstandigheden afbreuk kunnen doen aan de belangen die de nationale procedurele regel beoogt te beschermen (bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel, en het goede verloop van de procedure, in het bijzonder dat deze niet te lang duurt).³¹

Illustraties hiervan kunnen gevonden worden in een aantal zaken betreffende consumentenbescherming. Daarin was volgens het Hof van Justitie de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve te toetsen aan het Unierecht noodzakelijk 'om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen, met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen.'³² Hierbij nam het Hof van Justitie in aanmerking dat de relevante bepalingen van het Unierecht tot doel hadden een zwakkere partij te beschermen. Dit zogenaamde beschermingsbeginsel kan derhalve afbreuk doen aan de belangen die de nationale procedurele regel tracht te beschermen. Eenzelfde redenering is denkbaar bij de toepassing van artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn, en de daarin neergelegde eis dat de rechtmatigheid van de bewaring wordt getoetst door een rechter. Anders gezegd: het oogmerk van eerbiediging van de fundamentele rechten van de gedetineerde vreemdeling,³³ noopt tot het aannemen van een bevoegdheid van

²⁷ Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, *Zamir v UK* [1983] 40 DR 42.

²⁸ HvJ EU 16 december 1976, C-33-76 (*Rewe*). Zie ook HvJ EU 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel and Van Veen*), para 17.

²⁹ HvJEU 7 juni 2007, zaken C-222/05 tot en met C-225/05 (*Van der Weerd*), para 33.

³⁰ *Ibid.*, para 41.

³¹ *Ibid.*, para 38.

³² HvJEU 26 oktober 2006, C-168/05 (*Mostaza Claro*), para 28. Zie ook HvJEU 27 juni 2002, C-240/98 tot en met C-244/98 (*Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*), para 26.

³³ Zie HvJEU 28 april 2011, C-61/11 PPU (*El Dridi*), paras 31-38.

de rechter om ambtshalve te toetsen of de bewaring rechtmatig is. De bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel, en het goede verloop van de procedure, kunnen in een habeas corpus procedure het verbod op ambtshalve toetsing dan ook niet rechtvaardigen.

Ook de in artikel 15 lid 2 van de Terugkeerrichtlijn neergelegde dwingende eis dat de vreemdeling direct wordt vrijgelaten in het geval van een onrechtmatige detentie – is, zoals hierboven al gesteld in de context van mensenrechtenbepalingen zoals artikel 5 lid 4 EVRM – moeilijk te verenigen met een beperking van de ambtshalve toets. Het is immers niet uitgesloten dat de doelstelling van artikel 15 lid 2 van de Terugkeerrichtlijn niet wordt bereikt indien de rechter niet kan oordelen over de rechtmatigheid van de bewaring omdat de vreemdeling heeft verzuimd een bepaalde grond aan te voeren.³⁴ Wellicht is een beroep op het beginsel van procedurele autonomie in de context van artikel 15 lid 2 van de Terugkeerrichtlijn dan ook geheel misplaatst. Die bepaling bevat immers zelf een regeling over de wijze waarop de rechten van het individu gewaarborgd dienen te worden: de nationale rechter is gehouden de rechtmatigheid van de bewaring te controleren, en de invrijheidsstelling van de derdelander te bevelen bij een onrechtmatige bewaring. Een beperking van die bevoegdheid op grond van nationaal recht levert direct strijd op met artikel 15 lid 2 van de Terugkeerrichtlijn.³⁵

Toch kunnen we wel aanknopingspunten vinden in de Straatsburgse jurisprudentie voor de wijze waarop de rechter de vraag naar een lichter middel dient te toetsen. De rechterlijke toets van de rechtmatigheid van detentie, die artikel 5 lid 4 EVRM voorschrijft, moet zich immers uitstrekken over alle aspecten die essentieel zijn voor de rechtmatigheid in de zin van artikel 5 lid 1 EVRM.³⁹ Het concept van rechtmatigheid dat de nationale rechter in de habeas corpus procedure dient te onderzoeken is derhalve identiek aan dat in artikel 5 lid 1 EVRM, en dat aldus (ook) centraal staat in Straatsburgse procedures waarin geklaagd wordt over onrechtmatige vrijheidsbenemingen.

In *Rusu* zegt het EHRM hier het volgende over:

‘detention of an individual is such a serious measure that – in a context in which the necessity of the detention to achieve the stated aim is required – it will be arbitrary unless it is justified as a last resort where other less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained.’⁴⁰

Indien het bestuur geen voorbeelden kan geven van alternatieve, minder ingrijpende, maatregelen die het heeft overwogen voordat het tot vrijheidsbeneming is overgegaan, of niet

Het verbod op ambtshalve toetsing kan niet worden gerechtvaardigd met argumenten als rechtszekerheid, goede verloop van de procedure en rechten van de verdediging.

4. Intensiteit van de toets: hoe toetst het EHRM?

In *Mahdi* oordeelde het Hof van Justitie dat een rechterlijke autoriteit die beslist over een verzoek tot verlenging haar oordeel in de plaats moet kunnen stellen van de administratieve autoriteit die de aanvankelijke bewaring heeft gelast. Indien de bewaring niet langer gerechtvaardigd is, moet deze rechterlijke autoriteit de bewaring kunnen opheffen, of een lichter middel kunnen opleggen.³⁶ Het oordeel van het Hof van Justitie heeft betrekking op de situatie waarin de rechter beslist over het nemen van een verlengingsbesluit, en is wellicht niet zonder meer geschikt om conclusies te trekken over de manier waarop het Hof van Justitie invulling geeft aan de intensiteit van de rechterlijke toets in het algemeen. Wellicht kan het EHRM meer duidelijkheid verschaffen als het gaat om de intensiteit van de rechterlijke toets. Volgens dit Hof geeft artikel 5 lid 4 EVRM geen recht op een rechterlijke toets waarmee de rechter, met betrekking tot alle aspecten van de zaak, zijn eigen oordeel in de plaats van dat van het bestuur dient te stellen.³⁷ Het EHRM spitst die overweging wel uitdrukkelijk toe op ‘questions of pure expediency’.³⁸ Dat betekent dat enige terughoudendheid volgens Straatsburg wél geoorloofd is, maar om deze in te kaderen, is het cruciaal om de scheidslijn te trekken tussen rechtmatigheid en doelmatigheid. En dat is niet gemakkelijk: vooral bij de vraag naar een lichter middel lijkt het alsof de twee geruisloos in elkaar over lopen.

motiveert waarom deze onvoldoende zijn, concludeert het EHRM steeds dat artikel 5 lid 1 EVRM geschonden is.⁴¹ Een enkele toets van de gronden van detentie, en van de proportionaliteit strictu sensu is dus onvoldoende om aan de eis van artikel 5 lid 4 EVRM te voldoen – zoals ik hierboven ook al stelde met een verwijzing naar de proportionaliteitstoets in algemene zin. De rechter moet steeds nagaan welke alternatieve maatregelen het bestuur heeft overwogen, en waarom het van mening is dat deze onvoldoende waarborgen bieden om te uitzetting te verzekeren – juist in het geval waarin de vreemdeling niet voornemens is om vrijwillig te vertrekken.⁴² Gezien de bewijslastverdeling die besloten ligt in artikel 5 lid 4 EVRM,⁴³ is het aan het bestuur om in de habeas corpus procedure te laten zien dat het die overweging heeft gemaakt, onafhankelijk van wat de vreemdeling zelf heeft aangevoerd met betrekking tot zijn bijzondere persoonlijke belangen.

5. Conclusie

Een korte blik op de wortels van habeas corpus heeft duidelijk gemaakt dat de rechter in die procedure van oudsher diende na te gaan of er voldoende feitelijke en juridische grondslag voor de

³⁴ Conform *Mostaza Claro*, zie noot 32, para 30.

³⁵ Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Szpunar in *Mahdi*, 14 mei 2014, para 75 (www.curia.eu).

³⁶ *Mahdi*, para 62.

³⁷ EHRM 5 november 1981, *X t. VK*, para 58.

³⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 15 november 1996, *Chahal t. VK*, para 127; en EHRM 23 juli 2013, *Suso Musa t. Malta*, para 50.

³⁹ EHRM 29 augustus 1990, *E t. Norway*, para 50, en EHRM 27 juli 2010, *Massoud t. Malta*, para 39.

⁴⁰ EHRM 2 oktober 2008, *Rusu t. Oostenrijk*, para 58.

⁴¹ EHRM 4 april 2000, *Witold Litwa*, para 79; en EHRM 25 februari 2005, *Enhorn t. Zweden*, para 49 en 55. Zie ook EHRM 25 oktober 1996, *Hilda Hafsteinsdóttir t. IJsland*.

⁴² Zie *El Dridi* (zie noot 33) uit welke uitspraak duidelijk blijkt dat het gebruik van dwangmiddelen pas aan de orde komt indien geen gevolg wordt gegeven aan de opdracht tot vrijwillig vertrek.

⁴³ Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, *Zamir v UK* [1983] 40 DR 42; en boven para 3.

detentie bestond. Moderne mensenrechtenbepalingen gaan uit van diezelfde grondgedachte.⁴⁴

Zowel de beperkte ambtshalve toets die de Nederlandse rechter mag uitvoeren, als de wijze waarop hij toetst of het bestuur een lichter middel dan bewaring had moeten opleggen, zijn moeilijk te verenigen met de grondgedachte van de habeas corpus procedure, die we nog steeds terugvinden in het moderne recht. Voor wat betreft de beperking van de ambtshalve toets hebben we gezien dat deze, behalve het feit dat zij niet rechtstreeks voortvloeit uit wat de wetgever heeft bepaald, ook moeilijk te verenigen is met de bewijslastverdeling in een procedure zoals bedoeld in artikel 5 lid 4 EVRM, en met de verplichting van de rechter om de invrijheidsstelling te gelasten in het geval van een onrechtmatige vrijheidsbeneming. Deze laatste verplichting ligt besloten in alle moderne mensenrechtennormen, en is ook te vinden in artikel 15 lid 2 van de Terugkeerrichtlijn. Specifiek met betrekking tot het Unierecht lijkt een beroep op de procedurele autonomie om de beperking van de ambtshalve toets te rechtvaardigen dan ook niet erg kansrijk.

Wat de vraag naar een lichter middel aangaat heb ik beschreven hoe de Afdeling deze niet op de juiste manier toetst. Zij past

het evenredigheidsbeginsel, zoals voorgeschreven door de Terugkeerrichtlijn, niet juist toe. In de Afdelingsjurisprudentie wordt de tweede stap in de proportionaliteitstoets – de vraag of detentie noodzakelijk is – immers niet afzonderlijk onderzocht. Indien de rechter slechts toetst op welke gronden het bestuur bewaring heeft toegepast, en of het van die maatregel had moeten afzien omdat de vreemdeling bijzondere persoonlijke omstandigheden naar voren heeft gebracht, voldoet hij niet aan de eisen van artikel 5 lid 4 EVRM. In de context waarin detentie een noodzakelijke maatregel dient te zijn, is het EHRM immers pas tevreden indien het bestuur kan laten zien dat het minder ingrijpende maatregelen heeft overwogen, en beargumenteert waarom deze onvoldoende zijn. Deze manier van toetsen is overigens ook in lijn met de bewijslastverdeling in een habeas corpus procedure.

Tot slot: het vreemdelingenrecht werd lange tijd gekarakteriseerd door noties uit het klassieke bestuursrecht, zoals een terughoudende rechter en een grote discretie van het bestuur. Het gebruik van vergaande dwangmiddelen in dit rechtsgebied en de implicaties daarvan voor fundamentele rechten van het individu, maken een herwaardering van de rol van de rechter noodzakelijk. De rechterlijke toets van vreemdelingenbewaring is bij uitstek de plaats waar die herwaardering zichtbaar kan worden.⁴⁵

44 In dat opzicht verschilt de *habeas corpus* procedure overigens fundamenteel van moderne rechtsnormen die toezien op een eerlijk proces. Zie B.L. Garrett (2012) 'Habeas Corpus and Due Process', *Cornell Law Review* 98(1): 47-126, p. 54. Ook dat verschil komt duidelijk naar voren in het moderne recht. In *G. en R.* bepaalde het Hof van Justitie immers dat schending van een procedurele norm (het recht om gehoord te worden) niet automatisch leidt tot een opheffing van detentie, maar slechts indien het naleven van die norm tot een andere uitkomst had geleid. Zie HvJEU 10 September 2013, C-383/13 PPU (*G and R v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*) JV 2013/351, nt Boeles.

45 'Modern notions of deference to administrative decisionmakers, developed primarily in other contexts, are in considerable tension with the historic office of the Great Writ.' schrijven R.H. Fallon en D.J. Meltzer (2007) in 'Habeas Corpus Jurisdiction, Substantive Rights and the War on Terror', *Harvard Law Review* 120(8): 2029-2112, p. 2069.